

¿JURISDICCION ANTICIPADA O MEDIDA CAUTELAR?

Por Jorge A.
Rojas

I.- INTRODUCCION

Luego del caso Camacho Acosta¹, resuelto por la Corte Suprema, se ha reinstalado entre nosotros el tema de la tutela anticipada, identificándose así a una suerte de tutela urgente de parte del órgano jurisdiccional, que se superpone, con los presupuestos de las medidas cautelares.

Importa un anticipo de la jurisdicción, durante el trámite del proceso, sobre lo que será objeto de decisión, más tarde, en la sentencia de mérito, como consecuencia de la pretensión sustancial esgrimida.

Esta conceptualización nos da una idea -por ahora aproximada- de la cuestión analizada².

No obstante, desde un punto de vista fáctico, autores como Morello, con la agudeza que lo caracteriza, han sostenido que la tutela anticipada no es un hallazgo de biblioteca, o un producto académico, es un capitular con las exigencias de una nueva realidad, que las necesidades del justiciable impone³.

Como bien señala este autor, no es nueva la cuestión de la tutela anticipada, por eso decimos que se “reinstaló” en nuestro ámbito, quizás con un alcance distinto al que lo conocimos en otra oportunidad.

Esto es así, pues por ejemplo en la década del 80, debido a la convulsionada realidad financiera que vivió nuestro país, se produjo una situación muy particular con los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, ya que cuanto más pagaba el deudor a una entidad financiera, más debía (en razón de los mecanismos de actualización que fijaban las tristemente famosas circulares 1050, 687

¹ DOCTRINA JUDICIAL, 1997-3-591.

² Arazí, siguiendo la doctrina sentada por la Corte en este caso Camacho Acosta, sostiene que la tutela anticipada presupone la necesidad de satisfacer de manera urgente, total o parcialmente la pretensión que el peticionario formulara en el proceso, antes del dictado de la sentencia definitiva, por el daño irreparable que originaría cualquier dilación (Arazi, Roland, Tutela Anticipada, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 391). En idéntico sentido al expuesto también se expide Rivas, pero yendo más allá señala que la cosa juzgada anticipatoria es la que permite satisfacer total o parcialmente una pretensión a las resultas de lo que pueda producirse en el mismo proceso a consecuencia del dictado de la sentencia definitiva (“La Revolución Procesal”, Revista de Derecho Procesal, Nº 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 134).

³ Anticipación de la Tutela, Augusto M. Morello, Ed. Librería Editora Platense, 1996, p. 13.

–Adla, XXXIX, 1762; XL-B, 1285–, entre otras, del Banco Central), admitiéndose su nulidad, en razón fundamentalmente del vicio de lesión enorme (arts. 953, 954 y conc., Cód. Civil).

Pero paralelamente con la promoción de la demanda, se abrió una brecha, que por vía pretoriana, admitió la medida cautelar genérica que consagra el Cód. Procesal en el art. 232, que algunos autores consideran que contiene la denominada innovativa, y en todos esos casos nos enfrentamos con una clara y concreta anticipación jurisdiccional ⁴.

II.- LA SITUACION ACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA

Con fecha 7 de agosto de 1997, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolvió en el caso Camacho Acosta, en donde se pretendió que un trabajador evitara un perjuicio mayor que el que padecía, con motivo de la pérdida de su antebrazo en un accidente de trabajo.

Debido a ello por vía cautelar se obligó a la demandada a proporcionarle una prótesis, para morigerar de algún modo ese daño, facilitándole así su reinserción laboral.

Sostuvo la Corte en relación a la temática que nos ocupa, que “...en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique incurrir en prejuzgamiento”.

Y precisa a continuación nuestro más Alto Tribunal que: “...la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y, por configurar un anticipo de jurisdicción, favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”.

Como se puede apreciar, la Corte mantiene la distinción interpretativa de nuestra jurisprudencia (tal como lo vimos en la ntoa 4), entre la medida cautelar innominada, y prohibición de innovar, sin perjuicio de adelantarnos a señalar que expresamente dice, que ambas pueden importar un anticipo

⁴ En él se sostuvo: “... admitida la procedencia de una medida cautelar a fin de mantener el equilibrio patrimonial durante la tramitación del proceso en el que se reclama la nulidad parcial de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, en el que se pactó un interés del 12% anual sobre el capital actualizado, y no resultando posible su encuadramiento estricto dentro del tipo permitido por el art. 230 del Cód. Procesal, es adecuado recurrir a las autorizadas por su art. 232 y disponer una reducción del interés fijado a una tasa del 6% anual, sobre cuya base deberá efectuarse el pago de las mensualidades que se adeudan” (CNFed. Civil y Com., sala I, 2/3/82, La Ley, 1982-B, 153). La línea en general de toda la jurisprudencia, sostenía que era admisible, bajo ciertas condiciones, la fijación de una cuota provisoria que reemplace la contractual, como aseguramiento de la eventual sentencia favorable para el accionante y sin perjuicio de la facultad del acreedor de resistirla (CNCom., sala C, ED 102-290).

jurisdiccional, lo que no desvirtúa el sentido cautelar de ninguna de ellas, sino que simplemente cuando se diera esta circunstancia, su recomendación está dirigida a los jueces para que traten de extremar su cuidado, por el alcance que el pronunciamiento puede tener respecto a la sentencia definitiva que se deba dictar en autos.

Pero paradójicamente, con fecha 27 de junio de 1997, es decir menos de dos meses antes que la Corte resolviera este caso, la Excm. Cámara Civil, había decidido en un pleito de similares características al mencionado ⁵, en donde un niño había perdido, al mes de vida, su brazo derecho por una aparente mala praxis médica, que estaba siendo debatida en el pleito, y requería por vía cautelar la provisión de una prótesis, para que pudiera adaptarse a las clases que debía iniciar en el colegio primario, del modo menos traumático posible, que ello no era viable por la vía intentada.

Sostuvo la mayoría del tribunal interviniente que "...la medida cautelar innovativa no resulta la vía adecuada para satisfacer el interés del incapaz dado el estado del proceso principal, el criterio severo y estricto con el que deben apreciarse las medidas de esta índole y el valor de los bienes de ambas partes que se hallan en pugna". Aclarando además la mayoría que de resolver en el sentido petitionado, la acción base ya habría sido juzgada, estimándosela como si hubiese ganado la parte.

El criterio de la minoría pese a ser anterior al pronunciamiento de Camacho Acosta, sigue ese lineamiento, y sostiene, entre otras cosas que: "...es obvio que el reclamante podría obtener la prótesis mediante la interposición de una acción de amparo, en tanto no hubiese un procedimiento más idóneo. Sin embargo no debe caerse en excesivos ritualismos y, en la especie, debe valorarse que el pedido ha sido formulado judicialmente en un incidente dentro de un pleito principal en que se persigue la reparación de daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis, bajo la forma de medida cautelar, lo cual lo asemeja al amparo. Al ser así, carece de sentido e importaría un dispendio de la actividad jurisdiccional, remitirlo a la iniciación de una demanda o vía diferente, cuando en el presente caso se han acreditado las circunstancias de hecho necesarias para resolver".

Y aclara el vocal por la minoría que ello en modo alguno implica condenar anticipadamente, sin sentencia, ni prejuzgar.

Como vemos de este precedente se extraen, los siguientes extremos: el régimen de la medida innovativa; el prejuzgamiento frente a la posibilidad de anticipar un pronunciamiento jurisdiccional; y finalmente el criterio que campea en este precedente, que quizás refleje lo que aún predomina en nuestra clase forense, especialmente en nuestros magistrados, como espíritu

⁵ CNCiv., Sala H, 27/7/97, in re "G., M. Cc/Municipalidad de Campana y Otro", La Ley, 1998-D, 522.

extremadamente conservador, que busca el apego al “severo y estricto criterio” con que deben apreciarse este tipo de situaciones.

III.- EL ENCUADRE DE LA TUTELA ANTICIPADA Y ALGUNAS PRECISIONES

Considero que estos dos últimos precedentes pueden ser útiles para delinear con mayor precisión los institutos en juego, sobre todo teniendo en cuenta el criterio restrictivo (*à outrance*) que existe en nuestros tribunales, pues por un lado tenemos una medida cautelar innovativa, que la Corte se encarga de diferenciar claramente de la prohibición de innovar, y por otro lado tenemos un anticipo jurisdiccional, que está irrumpiendo en nuestro ámbito con fuerza suficiente a punto tal que existen proyectos para su regulación.

Sirva como ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial que proyectó la Comisión integrada por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker, para la Ciudad de Buenos Aires, en el cual se regula específicamente la tutela anticipada, señalándose (quizás con fundamento en el Código del Proceso de Brasil, art. 273), que: “luego de trabada la litis”, el juez podrá anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, si se reúnen una serie de requisitos que a continuación analizaremos.

El art. 65 del proyecto, señala en varios incisos, para la viabilidad de esta tutela anticipada, que:

- 1.- Exista convicción suficiente acerca del derecho invocado.
- 2.- Que se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría un daño irreparable al peticionante.
- 3.- La actitud procesal del demandado, cuando evidencie -prima facie- abuso de derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio.
- 4.- Se efectivice contracautela suficiente, salvo en los casos en que de conformidad con lo dispuesto por el art. 200, el peticionante se encontrase exento de darla.
- 5.- La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva.

Finalmente señala la norma analizada, que la decisión no importar prejuzgamiento. Añade a continuación el artículo siguiente, que el juicio continuará hasta su finalización, y eventualmente si cambiaran las condiciones, la tutela anticipada podrá quedar sin efecto.

A esta altura, deberíamos distinguir cada una de las situaciones que se vienen planteando, es decir por un lado la denominada medida innovativa, que está dicho, suege de la forma en que nuestra legislación concibió a la medida cautelar genérica. Por otro lado, conocer el alcance que tiene, de acuerdo con los precedentes citados, la prohibición de innovar, y finalmente la categoría que denominamos jurisdicción anticipada.

Señala Peyrano que la medida innovativa "es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la inherencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceso antijurídico"⁶.

Mientras que en general la doctrina ha interpretado que la prohibición de innovar persigue impedir que se alteren situaciones de hecho y de derecho, que a la postre, hicieran ilusoria la sentencia ⁷.

Sin embargo señala bien Palacio⁸, que históricamente se interpretó que el molde de la prohibición de innovar era suficiente para contener a la medida innovativa, toda vez que el art. 230 alude a esa cautelar para aventar el peligro de que se "mantenga o altere" una determinada situación de hecho o de derecho, y sin embargo, debido a la interpretación hecha en primer término por Reimundín, a quien luego siguió Podetti, y de algún modo así se instaló luego en la doctrina y en la jurisprudencia, la prohibición de innovar quedó limitada únicamente a la posibilidad de evitar una situación riesgosa o de peligro "manteniendo" el *status quo* existente.

Teniendo en cuenta entonces, la desvirtuación que se habría producido en la interpretación de la prohibición de innovar, al restringírsela a uno solo de los aspectos que comprende, y la posibilidad de subsumir la medida innovativa dentro de los pliegues de la cautelar genérica que consagra el art. 232 del Código Procesal, como lo ha hecho la Corte en el precedente señalado,

⁶ Peyrano, Jorge W., Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, 2da. ed., Zeus, Rosario, 1997.

⁷ Falcón, Enrique M. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado y Comentado", T. II, p.346, Ed. Abeledo-Perrot.

⁸ Palacio, Lino E., "La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual", Revista de Derecho Procesal, N° 1, p. 106, Ed. Rubinzal-Culzoni.

queda por precisar ahora, si de ello deviene algún tipo de distinción que debamos advertir con relación a la llamada tutela anticipada.

Y como vemos, no existe en la propia jurisprudencia de la Corte, más que una simple advertencia para los jueces, que es obrar con mayor cuidado cuando se deba resolver una medida cautelar que provoque un anticipo jurisdiccional, y no más que eso.

IV.- CONCLUSIONES

Planteadas en estos términos esas distinciones, y teniendo en cuenta la letra de nuestros “actuales” precedentes jurisprudenciales, en la materia que nos ocupa, podemos extraer las siguientes conclusiones.

Como lo señaló la Corte y bien lo refiere Palacio⁹, lo que interesa a los fines de conceder una medida cautelar, es que los jueces *sin ceñirse a pautas rígidas y a través de una afinada valoración jurídica de paz (como justicia), preserven del modo más apropiado, la eventual utilidad y eficacia práctica del pronunciamiento final*, pues –agrega Palacio– siguiendo la doctrina de la Corte, que si la concesión de una cautelar provoca un anticipo de jurisdicción, los jueces deben extremar la prudencia en la apreciación de los recaudos que conciernen a su admisión (Fallos 316:1833)

Esta claro entonces que, la llamada tutela anticipada, en modo alguno puede ser interpretada como un instituto aislado y distinto de las medidas cautelares, sino por el contrario, actualmente por lo menos, constituye un efecto o consecuencia del dictado de una medida cautelar, pues en definitiva, siempre las mismas apuntaron a conservar o innovar, en la terminología que ya usaba Calamandrei, sobre la eficacia de la sentencia de fondo que pondrá fin al pleito¹⁰.

⁹ Op. cit. en nota 8.

¹⁰ Enseñaba el maestro florentino que “no todas las providencias cautelares son conservativas: pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente”, y concluye más adelante señalando que en base a estas consideraciones, se pueden diferenciar las providencias cautelares en conservativas o innovativas (“Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares”, p.48, Ed. Librería El Foro. De este modo ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia la anticipación de tutela que se produce cuando se decretan por vía cautelar distintas medidas en el ámbito del proceso de familia (v.gr. alimentos provisorios, la tenencia provisorio de menores, etcétera).

Me permito disentir con Peyrano, cuando sostiene que la tutela de urgencia o proceso urgente reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipatoria¹¹.

Consideramos que las medidas cautelares tienen un régimen claro y definido en nuestro ordenamiento adjetivo, del cual surge como notas tipificantes su provisionalidad y fundamentalmente su falta de autonomía, pues están siempre vinculadas instrumentalmente a un proceso principal.

Las medidas autosatisfactivas o cautela material, como también suele llamárselas, apuntan a superponer la pretensión sustancial o de fondo con la que puede tener una medida cautelar, por lo cual carecería de sentido la existencia, o “rectius” el mantenimiento de un proceso independiente, habiéndonos manifestado ya por su calificación como mecanismo amparista¹².

Precisamente, la tutela anticipada, como bien señala el propio Peyrano, *puede nacer únicamente de medidas cautelares que persigan una sentencia de condena*, pues carecían de sentido frente a una constitutiva, ergo mal pueden conformar un proceso urgente, salvo que así se identifique a un procedimiento incidental, pues siempre operan dentro de un proceso principal en el que se sustentan.

Es cierto que existe un vacío legal desde el punto de vista instrumental, para contemplar algunas situaciones de urgencias (como el caso de la cautela material) pero no es menos cierto que otras urgencias (como la de la denominada tutela anticipada), pueden ser canalizadas –y así lo hizo la Corte- por vía de las medidas cautelares que resulten más apropiadas.

Esto no considero que se deba superponer con situaciones excepcionales donde las formas del proceso no existen, y en donde hemos sugerido invertir la línea del proceso tradicional de declaración-ejecución por otra de ejecución-declaración, a través de un proceso protectorio, que provoque una relación de tutela–conocimiento en el que hacer de la jurisdicción.

El último aspecto sobre el que conviene que hagamos alguna referencia, radica en la forma en que son interpretadas las medidas cautelares, desde el punto de vista jurisprudencial, pues obsérvese que con una diferencia de menos de dos meses, el fallo que citamos de la Cámara Civil¹³, desestimó un planteo similar al que luego la Corte receptó favorablemente en Camacho Acosta.

¹¹ Peyrano, Jorge W., “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, ED 163-788.

¹² Ver “Una cautela atípica”, Revista de Derecho Procesal N° 1, P.57 y sigtes.

¹³ Véase nota 5.

Lo importante a destacar en este sentido, es la forma en que fue desestimado ese planteo, pues el Tribunal interviniente señaló con absoluta claridad que debía "ser estricto y severo" en la forma de apreciar las circunstancias que eran llevadas a su consideración para la concesión de la medida cautelar que se pretendía.

Tal como lo refirió el vocal representante de la minoría, ese criterio excesivamente ritualista daba por tierra con una aspiración absolutamente justa, que medida con la "afinada valoración" que señala la Corte y reclama Palacio, para este tipo de situaciones debió concluir de otro modo.

Si a esa apreciación exteriorizada de nuestros Tribunales le agregamos la aspiración de una tutela urgente y la letra del proyecto de reformas que existe para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podemos inferir que peticionada una medida cautelar, el juez no solo debe tener en cuenta para su dictado el trámite previsto en nuestro ordenamiento adjetivo -inaudita et altera pars-, sino además, en caso de provocar un anticipo jurisdiccional, debería requerir como requisito inexcusable, que la litis se haya trabado, extremo que no requiere el art. 273 del Cód. Procesal de Brasil, según modificación de la ley 8.952 del 13/12/94.

Por lo tanto, nos preguntamos ¿por esa vía no se estaría distorsionando el régimen de las medidas cautelares? Cuando el juez deba evaluar la petición formulada en ese sentido, si considera que la medida importa un anticipo jurisdiccional cuando la actitud del demandado es meramente dilatoria, ¿no está anticipando el juez un aspecto que debe evaluar en su sentencia de fondo, incurriendo por ende en prejuzamiento (art. 163 inc. 5)?.

Además de lo expuesto, se estaría requiriendo un presupuesto más al que tienen todas las medidas cautelares, cuando aludimos a la extrema urgencia para avertir la existencia de un daño irreparable, distinto al tradicional *periculum in mora*.¹⁴

Creemos y esperamos que así no sea, pues de lo contrario a nuestro entender lo que estamos provocando indirectamente no solo es la desvirtuación del régimen de las medidas cautelares que conocimos hasta hoy, sino además insertando una cuña solo en aras de resguardar a la jurisdicción de los riesgos que importa un prejuzamiento en desmedro de la aceleración de los procesos, pues seguimos inmersos en el mismo esquema de trabajo solo que haciendo más rigurosas nuestras herramientas sin advertir que la flexibilidad no debe venir de la letra de la ley.

¹⁴ A ello se ha referido irónicamente PALACIO (op. cit., p. 112) sosteniendo que este presupuesto adicional parecería querer agregar "una cuarta rueda al triciclo".

Por esa vía, estamos apuntalando aún más el criterio estereotipado que predomina en nuestra clase forense, y específicamente en nuestra magistratura, evitando reposar nuestra mirada en las llamadas de atención que provoca el justiciable hacia el proceso judicial, el cual es tiempo de concebirlo sistemáticamente para advertir sus falencias, y obtener su agilización, generando así nuevas formas que permitan acompañar el acelerado avance de la sociedad de nuestros días.